

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

PHELIPPE HENRIQUE CORDEIRO GARCIA

ARBITRABILIDADE OBJETIVA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS
TRABALHISTAS NO DIREITO BRASILEIRO

CURITIBA

2018

PHELIPPE HENRIQUE CORDEIRO GARCIA

ARBITRABILIDADE OBJETIVA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS
TRABALHISTAS NO DIREITO BRASILEIRO

Artigo científico apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

PHELIPPE HENRIQUE CORDEIRO GARCIA

ARBITRABILIDADE OBJETIVA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS
TRABALHISTAS NO DIREITO BRASILEIRO

TCC, na modalidade artigo científico, apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Orientador– Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

Profa. Dra. Aldacy Rachid Coutinho

Departamento de Direito Privado, UFPR.

Prof. Dr. Eduardo Talamini

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR.

Curitiba, __de _____de 2018.

Ao humilde lavrador que um dia sonhou em ter um neto formado pela
Universidade Federal: Arturo Garcia Vicente, *mi abuelo. In memoriam.*

AGRADECIMENTOS

Todo ciclo que se encerra é a resultante — espera-se, positiva — de um emaranhado de causas e de pessoas que condicionaram o percurso e determinaram o ponto de chegada. Esses elementos, somados à intangibilidade dos sentimentos que deles decorrem, tornam inviável traduzir em palavras frias escritas em papel o entusiasmo e a sinceridade destes agradecimentos.

Em primeiro lugar, aos responsáveis pela minha existência e permanência, causa primeira do mais intenso amor que em vida pude sentir; àqueles que me acompanharam desde meu primeiro dia de existência: à minha mãe, Jacira Cordeiro da Silva Garcia, e ao meu pai, José Antonio Garcia Joaquim, respectivamente professora e advogado que inspiraram e sempre inspirarão toda a minha simbiótica trajetória na docência e na advocacia, meus inaugurais e mais profundos agradecimentos.

Aos meus irmãos, Pablo Guilherme Cordeiro Garcia, Danielli Perrinchelli Garcia e Francielli Perrinchelli Garcia, com os quais divido o meu sangue, sobrenome e um amor incondicional, meus agradecimentos pelo apoio e carinho ao longo de toda esta tormentosa caminhada.

À Hevelyn Aparecida Siqueira Messias, responsável por tornar a escalada mais dócil, recheando o nosso lar com a felicidade que o seu cuidado e o seu inabalável sorriso, permanentemente estampado no rosto, produziram no nosso dia a dia ao longo da minha formação pessoal. É uma honra dividir meus dias com você.

Meus sinceros agradecimentos aos meus orientadores, minhas maiores referências acadêmicas, professor Rodrigo Xavier Leonardo, que gentilmente aceitou o desafio de mergulhar num tema híbrido que dialoga com a arbitragem e o excêntrico Direito do Trabalho, e professora Aldacy Rachid Coutinho, eterna professora de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Paraná que, ao cumprir magistralmente o seu papel, aposentou-se no curso da elaboração deste trabalho.

Não poderia deixar de agradecer a todos os professores de Direito e Processo do Trabalho da casa que foram decisivos na minha formação enquanto trabalhista. Ao prof. Paulo Ricardo Opuszka, meu primeiro professor de Direito do Trabalho na UFPR; ao prof. Célio Horst Waldraff, ao prof. Sidnei Machado, ao prof. Sandro Lunard Nicoladeli, ao prof. Wilson Ramos Filho e ao prof. Marco Aurélio

Serau Júnior.

Aos meus amados amigos que para sempre representarão, em minha memória, a melhor e mais fascinante parte da minha faculdade: Leonardo Felipe Marques Tiradentes, Daiane Vanessa Rompava, Marcelo Pereira Bergamaschi Júnior, Luís Gustavo Anabuki, Maria Tereza Lopes Furlan, Victor Hugo Cavalcanti, Marina Kirsten Felix e Lucas Barbosa. Sou muito grato a todos vocês.

Considerando que nem só de sala de aula se faz um advogado, há professores especiais que verdadeiramente me ensinaram a arte de advogar: Maíra S. Marques da Fonseca, Thais Poliana de Andrade e Sérgio L. da Rocha Pombo, sou muito privilegiado por aprender com vocês, diariamente, como ser aquilo que sempre almejei: advogado. E mais: "advogado professor", que, na intensidade cotidiana das disputas forenses, afasta discussões inócuas em sala de aula e não despreza os problemas práticos que carecem de enfrentamento.

Aproveito para estender os agradecimentos a toda a equipe do Marins Bertoldi Advogados na pessoa da Danielle Blanchet, jovem e talentosa advogada que foi — e continua sendo — decisiva na minha formação na advocacia, pelo que serei eternamente grato.

Não poderia deixar de agradecer outra equipe, mais que especial e fundamental na minha formação, a MF&P Advocacia, o que eu faço na pessoa da Laura Maeda Nunes, advogada jovem, inteligente e carinhosa que, pacientemente, me ajudou a dar os primeiros passos na advocacia e que sempre terá um espaço reservado no meu coração.

Aos membros da Câmara Nacional de Arbitragem Trabalhista - CANATRA, José Affonso Dallegrave Neto, Ernani Kajota e Hércio Kronberg, pelas profundas discussões — que, aliás, influenciaram decisivamente este trabalho — sobre este novo universo que une a arbitragem e o Direito do Trabalho.

Agradeço, também, aos trabalhistas mais talentosos da nova geração, aos quais incumbe a reconstrução, guarda e defesa do Direito do Trabalho no Brasil. Membros do Núcleo Discente de Direito do Trabalho da UFPR, foi um prazer lutar ao lado de vocês. Sou muito grato por tudo o que vocês me proporcionaram. Para citar apenas alguns — e sem que isto retire, de maneira alguma, a importância dos demais —, menciono aqueles com os quais tive o privilégio de dividir viagens (inesquecíveis) a congressos pelo núcleo: Gabriela Varella de Oliveira, Leonardo Pellegrini, Amanda Telles, Thais Lara, Melissa Albuquerque, Emanuel Negrão e

Vinícius Cidral.

Agradeço, ainda, à minha amiga Yasmine Nemer Hajar, minha referência discente na arbitragem, por ter me acolhido e respondido todas as muitas dúvidas de um trabalhista desorientado que se postou diante do desafio de escrever sobre um tema tão novo e polêmico.

A todos os trabalhadores e trabalhadoras que, diariamente subtraídos pela forma do contrato, sustentam o privilégio de todos os demais.

Em país de fugitivos, quem anda na contramão parece estar fugindo.
(T. S. Eliot)

RESUMO

Tema bastante controvertido na doutrina e na jurisprudência, a arbitragem trabalhista passou a ter expressa previsão legal no art. 507-A, inserido pela polêmica Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista). Este dispositivo utiliza o mesmo critério de arbitrabilidade objetiva da Lei 9.307/1996: são arbitráveis os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Este critério tem suscitado profundos debates desde a edição da lei e o tema ainda é bastante controvertido. O problema intensifica-se com a tentativa de se aplicar o instituto da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes do contrato individual de trabalho, do qual irradiam vários direitos tradicionalmente considerados indisponíveis. Portanto, a definição sobre as controvérsias trabalhistas que podem ser objeto de arbitragem, ou seja, da arbitrabilidade objetiva no Direito do Trabalho é crucial para a proteção do empregado, garantindo segurança sobre quais são os limites da utilização do instituto. O estudo dedica-se a apresentar as variadas noções de arbitrabilidade objetiva e subjetiva. Na sequência, aborda-se as diversas vertentes relativas à indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Por fim, propõe-se critérios para definição da arbitrabilidade objetiva no Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Arbitragem Trabalhista. Arbitrabilidade Objetiva. Indisponibilidade de Direitos Trabalhistas. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

Labour Arbitration is a controversial topic amongst legal literature and case law, nevertheless it has been made enforceable by the article 507-A of the law 13.467/2017 (labour law reform). Such article considers the same objective arbitrability criterion of the law 9.307/1996: arbitration may be used to resolve conflicts regarding freely transferable property rights. This definition has originated discussions since the law's approval, and the topic remains controversial. Also, the proposition to use arbitration to resolve disputes regarding individual employment contracts has raised the discussion, as such agreements are loaded with rights that are deemed as personal and as untransferable. Therefore, the definition of the scope for labour disputes that may be settled through arbitration, the objective arbitrability for Labour Law, is mandatory to limit its usage and for the employee's protection. This paper aims to present the views on subjective and objective arbitrability, on the personal and untransferable characteristics of labour rights and to propose criteria to define the limits of objective arbitrability for labour law.

Keywords: Labour Arbitration. Objective Arbitrability. Inability to Bargain Labour Rights. Labour Law Reform.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ARBITRABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	11
2.1	ARBITRABILIDADE SUBJETIVA	13
2.2	ARBITRABILIDADE OBJETIVA	14
3	ENTRE INDISPONIBILIDADES E ARBITRABILIDADES: O PROBLEMA DA ARBITRAGEM TRABALHISTA NOS LITÍGIOS INDIVIDUAIS.....	19
3.1	INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS TRABALHISTAS	20
3.2	CONTROVÉRSIAS TRABALHISTAS ARBITRÁVEIS: POSSIBILIDADES, LIMITES E CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO.	24
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
	REFERÊNCIAS	33

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da "reforma trabalhista" (Lei 13.467 de 2017), a Consolidação das Leis do Trabalho passou a admitir a possibilidade de estipulação de cláusula compromissória de arbitragem entre empregadores e empregados que auferem remuneração superior a duas vezes o teto do regime geral de previdência social.

A arbitragem trabalhista, antes mesmo da reforma, encontrava lastro na única passagem que faz expressa referência ao instituto na Constituição Federal, especificamente para litígios coletivos de trabalho. Posto que a reflexão sobre a indisponibilidade de direitos trabalhistas — imprescindível para a compreensão de arbitralidade no ordenamento jurídico brasileiro — parte de premissas distintas em âmbito individual e coletivo¹, o escopo deste estudo cinge-se ao Direito Individual do Trabalho.

Não se ignora que, historicamente, parcelas significativas da doutrina e da jurisprudência trabalhistas rechaçam a aplicabilidade da arbitragem aos litígios individuais de trabalho — muitas vezes, é verdade, por falta de conhecimento sobre o instituto e preconceito em relação ao "novo".

Sem adentrar, detidamente, o mérito da discussão sobre as vantagens e desvantagens da arbitragem para litígios individuais de trabalho, visto que não constitui o escopo deste trabalho, a preocupação central consiste na delimitação — ou, ao menos, na indicação de caminhos para sua demarcação — de quais matérias trabalhistas estão sujeitas (e, por consequência, quais não estão) a serem objeto de arbitragem. O objetivo, portanto, é fazer uma reflexão sobre a chamada *arbitralidade* dos litígios individuais trabalhistas.

O estudo justifica-se uma vez que vigora no Direito Brasileiro, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a noção de indisponibilidade dos direitos trabalhistas, ao mesmo tempo em que a Lei de Arbitragem (Lei 9.307 de 1996) — à qual o art. 507-A da CLT, inserido pela reforma, faz expressa remissão — exige concomitantemente que o direito em questão seja patrimonial e disponível para que

¹ Para uma análise aprofundada da arbitragem de conflitos coletivos de trabalho no Brasil, cf. RAMOS FILHO, W. **Heterocomposição dos Conflitos Coletivos de Trabalho**: a arbitragem como alternativa à jurisdição. 308 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

a controvérsia seja considerada arbitrável.

Dada a importância da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, bem como a existência de direitos relativamente disponíveis decorrentes da relação de emprego (isto é, arbitráveis, desde que também sejam patrimoniais), sobretudo para proteção e segurança do empregado, a sua criteriosa delimitação é imprescindível.

Para tanto, pretende-se analisar, num primeiro momento, as noções de arbitrabilidade objetiva e subjetiva no Direito Brasileiro. Na sequência, aborda-se a evolução histórica e atual da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, em seara doutrinária e jurisprudencial. Do confronto destas duas premissas, busca-se, ao final, delimitar e estabelecer critérios para a arbitrabilidade objetiva no Direito Individual do Trabalho Brasileiro.

2 ARBITRABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Nem todos os litígios podem ser dirimidos pela arbitragem. Nos países que admitem esta forma de resolução de conflitos, em geral, os direitos disputados precisam passar por um filtro que é estabelecido pelo legislador. No Brasil, a previsão legal está contida no artigo 1º da Lei 9.307/1996². Trata-se da noção de *arbitrabilidade*, "condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem"³. O termo "arbitrabilidade", portanto, é utilizado para designar a "suscetibilidade de uma controvérsia (ou litígio) ser submetida a arbitragem"⁴.

É preciso dizer, todavia, que o termo "arbitrabilidade" pode assumir mais de um significado. "Arbitrabilidade" (ou o seu oposto, inarbitrabilidade) pode servir para determinar a suscetibilidade (insuscetibilidade) do litígio à arbitragem em razão de qualidades das partes⁵, hipótese em que é chamada de *arbitrabilidade subjetiva*.

Noutro sentido — utilizado na maioria das referências ao termo —, "arbitrabilidade" expressa a suscetibilidade de determinado conflito considerando "a

² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³ CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.p. 143.

⁴ CAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014. p. 433.

⁵ Ibidem, loc. cit.

natureza do objecto (*sic*) do litígio"⁶. Neste caso, fala-se da chamada *arbitrabilidade objetiva*.

É possível que o legislador lance mão de diferentes critérios para determinar o alcance da expressão "arbitrabilidade"⁷. No Brasil, exige-se que a parte seja capaz de contratar (subjetiva) e que o direito controvertido seja patrimonial e disponível (objetiva). Com relação à dimensão objetiva da arbitrabilidade, cabe registrar que nem todos entendem como ideal o critério estabelecido. Há autores que entendem pela inadequação do critério⁸, enquanto outros entendem que não apenas é acertado, como ainda defendem ser este o único critério possível⁹.

Fato é que o critério brasileiro é estabelecido com a marca da (in)disponibilidade, o que revela uma "legítima opção intervencionista do Estado no campo das liberdades individuais e sociais"¹⁰, não obstante a intensidade e a extensão desta opção possam variar conforme a sociedade e o contexto em que se encontrem. Em que pese a indefinição conceitual, esta marca tem sido utilizada como ferramenta técnico-jurídica cuja finalidade, em tese, é proteger determinados interesses e direitos fundamentais¹¹⁻¹².

Em todo caso, verifica-se no dispositivo, em síntese, a demarcação das arbitrabilidades subjetiva e objetiva, referindo-se, a primeira, aos sujeitos aptos a

⁶ CAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014. p. 433.

⁷ Caramelo identifica ao menos três critérios que têm sido utilizados, sendo eles (i) o direito não pode ser de ordem pública; (ii) disponibilidade do direito; (iii) patrimonialidade do direito. Ao contrário do que ocorre no Brasil, que mistura mais do que um critério, o autor defende que o critério mais adequado seria o último isoladamente, tal como ocorre na Inglaterra, na Suíça, na Alemanha e na Áustria. Lee, ao analisar o conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul, afirma que, à exceção do Brasil, os demais países fazem referência à noção de transigibilidade a fim de definir quais matérias são arbitráveis. Nesse sentido, cf. CAMELO, op. cit., p. 433-464; LEE, J.B. O Conceito de Arbitrabilidade nos Países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, jun. 2000. p. 347.

⁸ Há autores que criticam a vinculação da arbitrabilidade à disponibilidade do direito por não haver ligação necessária entre a possibilidade de dispor do seu direito com a escolha do juiz da causa. Nesta linha, cf. CAMELO, op. cit., p. 433-464; VENTURA, R. Convenção de Arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 46, 1986. t. II. p. 321; COSTA E SILVA, P. Anulação e recursos da decisão arbitral. **Revista da Ordem dos Advogados**, 1992. t. I. p. 922, nota 79. CORRÊIA, S. **A Arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos**. Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes. Lisboa: Lex, 1995. p. 234-235, nota 10.

⁹ MATTOS NETO, A. J. de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p.151-166, abr. 2005. p.151.

¹⁰ VENTURI, E. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016. p. 291.

¹¹ Ibidem. p. 292.

¹² Neste ponto, ressalvado entendimento próprio do autor deste estudo, é preciso esclarecer que Venturi, em seu texto, destaca ser paradoxal a proteção das liberdades individuais e sociais pela via de restrições e vedações no exercício de direitos e interesses.

firmarem a convenção de arbitragem, e, a segunda, às matérias que podem ser objeto¹³. Na sequência, ambas serão analisadas pormenorizadamente.

2.1 ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

Conforme destacado no tópico anterior, a arbitrabilidade subjetiva é o que determina a suscetibilidade do litígio à arbitragem quando são levados em consideração aspectos relativos aos próprios sujeitos. Quanto a isso, o art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) estabelece que é apto para firmar a convenção de arbitragem qualquer sujeito capaz de contratar.

No tocante, especificamente, à arbitragem trabalhista, houve uma primeira tentativa, por meio da Lei 13.129/2015 — que alterou a Lei de Arbitragem —, de estabelecer uma hipótese de arbitrabilidade subjetiva que englobasse trabalhadores.

Pela proposta, nos contratos individuais de trabalho em que o empregado ocupasse cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, seria possível pactuar cláusula compromissória, subordinando a eficácia do negócio jurídico à iniciativa do empregado na instituição da arbitragem ou mediante sua concordância expressa¹⁴. O dispositivo, entretanto, sofreu veto presidencial, sob dois argumentos principais: (i) distinção indesejada entre empregados conforme a função desempenhada; (ii) o critério não é definido tecnicamente na legislação¹⁵.

No entanto, a Lei 13.467 de 2017, a "reforma trabalhista", estabeleceu um novo critério para determinar a arbitrabilidade subjetiva no Direito do Trabalho¹⁶. O artigo 507-A prevê ser possível a estipulação de cláusula compromissória de

¹³ CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 143.

¹⁴ O dispositivo da Lei 13.129/2015 que inseria o § 4º ao art. 4º da Lei nº 9.307/1996 tinha a seguinte redação: "desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar" cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com sua instituição".

¹⁵ Lê-se, nas razões do veto: "o dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral".

¹⁶ Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

arbitragem nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração¹⁷ seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa¹⁸.

Este critério tem sido amplamente criticado pela doutrina¹⁹, mormente porque o valor não condiz com a realidade daqueles empregados que efetivamente tem condições de impor algum grau de vontade nas tratativas contratuais (antes tivesse o legislador somado este requisito àquele que foi vetado na Lei 13.129/2015), discussão que extrapola o escopo principal deste estudo, qual seja, a arbitralidade objetiva no Direito do Trabalho, objeto sobre o qual a investigação passa a se debruçar.

2.2 ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Afirmou-se, acima, que a arbitralidade objetiva, na delimitação das controvérsias suscetíveis de serem dirimidas pela via arbitral, leva em consideração as características do objeto, isto é, dos direitos que envolvem o litígio.

A arbitralidade objetiva no Direito Brasileiro, portanto, com base no artigo 1º da Lei de Arbitragem, refere-se à patrimonialidade e à disponibilidade do direito

¹⁷ MALLET, E. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 84, n. 2, p. 43-80, abr./jun. 2018.p. 54-57. O legislador foi pouco preciso ao utilizar o termo "remuneração". Isto porque, conforme bem pontua Estêvão Mallet, há diversos critérios de aferição da remuneração. A remuneração, por exemplo, pode ser por obra ou por tempo. Sendo por tempo, é possível se aferir a remuneração por hora, por dia, por semana ou por mês. Observe-se que, em que pese o parágrafo único ao artigo 444 tenha sido inserido pela reforma e seja um dispositivo semelhante ao artigo 507-A, o legislador não cometeu o mesmo equívoco, referindo-se a "salário mensal". Diante disso, Mallet propõe que se interprete, por analogia, que o artigo 507-A está se referindo à remuneração mensal.

¹⁸ CAHALI, F. J. Curso de arbitragem. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 434. Cahali, ao comparar a redação do artigo vetado com a do artigo da reforma trabalhista, coloca em questão a subsistência da condição de eficácia da cláusula compromissória, isto é, a necessidade iniciativa ou concordância expressa para a instauração da arbitragem, tendo em vista que o dispositivo em vigor suprimiu a expressão "instituição [da arbitragem]". No entanto, deve-se ter em conta que o contrato de trabalho é, em geral, contrato por adesão, o que implica a incidência do artigo Art. 4º, §2º da Lei 9.307/1996 que retoma justamente a mesma condição.

¹⁹ MURADAS, D. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral. In: MAIOR, J.L.S.; SEVERO, V.S. (Org.). **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p.176; SOUZA JÚNIOR, A.U.de et al. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017. p. 238. Pode-se citar até mesmo autores considerados "mais conservadores" que criticam o critério. Nesse sentido, cf. MARTINS, S.P. **Reforma Trabalhista: Comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 101.

objeto do litígio. Direitos como a imagem e a dissolução de casamento, por exemplo, não são arbitráveis por não serem patrimoniais, embora eventuais efeitos patrimoniais, que deles decorram, sejam²⁰.

A característica da patrimonialidade do direito está ligada à possibilidade de expressar o direito em pecúnia²¹. O direito deve ser passível de valoração pecuniária. Contudo, a extrapatrimonialidade de um direito não exclui a possibilidade de o titular do direito auferir vantagem econômica, pois, do contrário, a violação a direitos de ordem extrapatrimonial não seria passível de indenização²². Isto é, em que pese o direito em si não seja patrimonial, o direito que exsurge da sua violação o é²³, de modo que vem a se traduzir em compensação pecuniária.

Não basta, porém, que o direito seja patrimonial. É necessário, também, que ele seja disponível. A doutrina vem travando intensas disputas para definir quais são os critérios que permitem atribuir a determinados direitos o traço da disponibilidade.

Para Venturi, não parece ser possível apontar uma noção estática e correta do conceito de indisponibilidade²⁴, de modo que a sua interpretação deve ser direcionada pragmaticamente, a fim de buscar formas mais adequadas de proteção do direito²⁵.

Esta dificuldade fica ainda mais explícita quando se tem em mente se tratar de termo multifário. Sendo utilizado com os mais variados sentidos, a expressão implica uma multiplicidade de consequências. A definição, portanto, é importante, visto que o atributo da indisponibilidade gera repercussões de ordem material relevantes que, conseqüentemente, acarretam efeitos no campo processual²⁶.

²⁰ CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.p. 145. "Mas eventuais impactos patrimoniais destes direitos, como também do direito penal, conforme o caso, são arbitráveis (por exemplo, apuração do *dano ex delicto*, e partilha de bens na separação ou no divórcio...)".

²¹ MATTOS NETO, A. J. de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p.151-166, abr. 2005. p.152.

²² Ibidem, loc. cit.

²³ Ibidem, loc. cit.

²⁴ O autor entende que não seria possível determinar, precisamente, um conceito de disponibilidade. Defende, portanto, um relativismo conceitual, para, ainda que não se reconheça a disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais, admiti-la em alguns casos que se mostrar protetiva. Cf. VENTURI, E. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016. p. 306.

²⁵ Ibidem. p. 292. No mesmo sentido, cf. JARROSON, C. L'arbitrabilité: présentation méthodologique", **Revue de Jurisprudence Commerciale**, 1996, n. 1. p. 2. *apud* LEE, J. B. O Conceito de Arbitrabilidade nos Países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, jun. 2000. p. 349.

²⁶ VENTURI, E. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016. p. 292.

Exemplo disto é a discussão enfrentada neste estudo, afinal, é a partir da definição da natureza jurídica do direito que se permite determinar "os fóruns resolutivos de conflitos (judicial ou extrajudicial)", como também "o cabimento e os limites mais ou menos abrangentes de eventuais soluções consensuais (dentre as quais, a transação)"²⁷.

A doutrina tem aludido à disponibilidade como sinônimo de (i) patrimonialidade²⁸; (ii) renunciabilidade²⁹; (iii) transigibilidade³⁰; (iv) inexigibilidade de exercício pelo particular³¹; (v) característica de direitos que não sejam assegurados por normas de ordem pública; (vi) possibilidade de alienar, transmitir, renunciar, transacionar³².

Considerando os argumentos levantados pela doutrina e pela jurisprudência trabalhistas, conforme examinado no capítulo seguinte, importa verticalizar o estudo sobre as relações entre arbitragem e ordem pública; entre indisponibilidade e irrenunciabilidade; e, por fim, entre indisponibilidade e intransigibilidade.

A discussão acerca da relação entre arbitragem e ordem pública é antiga. Isto porque, muitas vezes, a indisponibilidade de um direito está ligada à ordem pública. Na jurisprudência francesa, por exemplo, num período inicial, entendia-se que nenhum conflito que envolvesse a interpretação e a aplicação de normas de

²⁷ VENTURI, E. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016. p. 292.

²⁸ BITTAR, C. A. **Curso de direito civil**. 1. v. São Paulo: Forense Universitária, 1994. p. 55; ao tratar dos demais países do Mercosul, v. LEE, J. B. O Conceito de Arbitrabilidade nos Países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, p. 346-358, jun. 2000. No entanto, não se utilizará esta noção, pois, na esteira no que ensina, a disponibilidade de um direito encontra-se no campo da patrimonialidade, mas nem todo direito patrimonial é disponível. É o caso, por exemplo, alguns direitos patrimoniais decorrentes da propriedade de um bem imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade. Nesse sentido, cf. MATTOS NETO, A. J. de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p.151-166, abr. 2005. p.154.

²⁹ CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 32-34; LEVEL, P. L'arbitrabilité. **Revue de l'arbitrage**, Paris, 1992. p. 213.

³⁰ CAHALI, F. J. Curso de arbitragem. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.p. 145; BRANCHER, P. M. R. Ilegalidade *prima facie* como limitador do princípio da competência-competência. Uma análise em relação a matérias de ordem pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 53, jun. 2017. p. 319; MARTINS, P. A. B. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3-4.

³¹ CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38. "um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência".

³² MATTOS NETO, A. J. de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p.151-166, abr. 2005. p.154.

ordem pública poderia ser decidido por um árbitro³³. Portanto, a incidência de normas de ordem pública era suficiente para tornar a matéria inarbitrável. Posteriormente, porém, a jurisprudência atenuou o rigor deste entendimento e passou a admitir a arbitrabilidade em alguns casos que envolvessem normas de ordem públicas, desde que o contrato que estivesse sendo discutido, em si, não violasse a ordem pública e o árbitro não ingressasse a análise específica destas normas³⁴.

Com o passar do tempo, percebeu-se a necessidade de se diferenciar entre (i) matérias cujo próprio objeto afeta a ordem pública e (ii) situações em que a controvérsia diz respeito a atos fundados na liberdade contratual, mas que são limitados por leis imperativas de ordem pública³⁵, sendo, este último, o caso do contrato de trabalho.

Diante disso, o entendimento de que o árbitro não poderia adentrar o mérito de eventuais violações a regras imperativas, para as quais deveria se declarar incompetente³⁶ foi alvo de críticas por variados setores da doutrina, afinal, seria incoerente que o árbitro, após ter realizado a parte mais delicada (constatar a ilicitude), não pudesse ir adiante e pronunciar a nulidade; "afinal de contas, isso iria no bom sentido: o de lutar contra a ilicitude, sem nenhum perigo"³⁷.

Assim, chegou-se à concepção atual de arbitrabilidade. A ordem pública deixa de ser óbice à arbitragem. Com isso não se quer dizer, todavia, que o árbitro tenha "carta branca" para estas matérias. Significa, isto sim, que o árbitro deve aplicar e obedecer às normas de ordem pública. Esta ampla arbitrabilidade — cuja definição não deixa de ser uma forma de se definir quais matérias são passíveis de se sujeitarem à arbitragem sem que a ordem pública seja violada pelo simples fato de a apreciação não ser feita pelo Judiciário³⁸ — justifica-se pela possibilidade de

³³ CAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014.. p. 435.

³⁴ Ibidem, loc. cit.

³⁵ Ibidem. p. 436.

³⁶ Ibidem, loc. cit.

³⁷ MAYER, Pierre. **Le Contrat Illicite**. Revue de l'Arbitrage, 1984. p. 213. *apud* CAMELO, op. cit., loc. cit.

³⁸ "É precisamente porque a arbitragem é um processo privado com consequências públicas que alguns tipos de litígios são reservados para os tribunais nacionais, cujos processos são geralmente do domínio público". REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKBY, N.; PARTASIDES, C. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 123-124. *apud*: CAMELO, op. cit., p. 434.

controle da decisão arbitral pela jurisdição estatal, havendo, portanto, respaldo estatal em matéria de ordem pública³⁹.

Portanto, o fato de o litígio envolver matéria de ordem pública, por si só, não implica a sua inarbitrabilidade⁴⁰, salvo se dela decorrer a indisponibilidade do direito. Por estes motivos, o requisito insculpido no art. 1º da Lei de Arbitragem, portanto, direciona-se com especial intensidade ao árbitro, responsável pelo exame de arbitrabilidade do litígio⁴¹.

Para além desta análise, conforme se aludiu anteriormente, parcela da doutrina, ao conceituar "disponibilidade", confunde os conceitos de (ir)renunciabilidade e (in)disponibilidade⁴², o que conduz a consequências muito divergentes em matéria trabalhista, assunto que é explorado no capítulo subsequente.

Renúncia, conforme pontuado, é ato unilateral por meio do qual o titular do direito abre mão da possibilidade de exercê-lo. Embora possível, não faria sentido que o legislador exigisse, para que as partes se socorressem de um terceiro imparcial para dirimir o seu litígio, que a ele necessariamente pudessem renunciar. Afinal, como leciona Eduardo Talamini, quando as partes buscam uma forma de solução de conflitos, elas não visam à possibilidade de renunciar ao direito⁴³.

³⁹ CAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014. p. 438. "O árbitro a quem é cometida a função (jurisdicional) de dirimir um litígio de acordo com o direito aplicável, tem o dever de aplicar as regras imperativas e, em especial, as que sejam expressão da ordem pública, pelo que a circunstância de o litígio ser regido por normas dessa natureza não deve constituir impedimento a que ele seja resolvido por arbitragem".

⁴⁰ ROQUE, A. V. A Evolução da Arbitrabilidade Objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, v. 33, p.301-337, jun. 2012. p. 310. "Não se questiona que há direitos irrenunciáveis do trabalhador, mas a simples incidência de normas de ordem pública, assim como em outras áreas do ordenamento jurídico, não é capaz, por si só, de impedir a arbitragem de dissídios individuais".

⁴¹ CAHALI, F. J. Curso de arbitragem. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.p. 149.

⁴² Neste sentido, cf. BRANCHER, P. M. R. Ilegalidade *prima facie* como limitador do princípio da competência-competência. Uma análise em relação a matérias de ordem pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 53, jun. 2017. p. 319. A diferença também é apontada por vários autores. Nesse outro sentido, cf. FRANZONI, D.; DAVIDOFF, F. Interpretação do critério da indisponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o poder público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 41, jun. 2014. p. 248. "Nessas definições encontramos alguns dos significados que podem ser dados para o conteúdo da disponibilidade, entre os quais se destacam: a disponibilidade como renúncia a direito e a disponibilidade como possibilidade de transacionar sobre determinado direito".

⁴³ Eduardo Talamini, ao abordar o tema da arbitragem envolvendo a Administração Pública, rechaça a interpretação de que a indisponibilidade coincidiria com a irrenunciabilidade do direito, uma vez que quem lança mão da arbitragem não está renunciando ao seu direito, mas tão somente elegendo o modo de solução do conflito. In: TALAMINI, E. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, E; JUSTEN, M. S. (coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque**

Situação diversa ocorre com a possibilidade de transigir. Diante da controvérsia jurídica instaurada, encerrar o litígio por meio de concessões recíprocas pode atender ao melhor interesse das partes. Assim, mostra-se muito mais adequada a compreensão de disponibilidade como sinônimo de transigibilidade do que de renunciabilidade.

Aliás, tratar renúncia e transação indistintamente como um mesmo todo se mostra equivocado. As noções tanto são diferentes que, na Itália, onde há expressa disciplina legal sobre o tema, há a diferenciação entre *rinunzie* e *transazioni*, de modo que não podem ser confundidas⁴⁴. Este raciocínio é inteiramente aplicável à lógica brasileira.

Enquanto renúncia é ato unilateral, a transação é "qualificada pela existência de recíprocas concessões de pretensões de direito material", na esteira do que preleciona o art. 840 do CC, segundo o qual "é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas"⁴⁵.

Portanto, entende-se como mais adequada a compreensão da disponibilidade como transigibilidade⁴⁶, ou seja, de que o atributo da disponibilidade refere-se à possibilidade de que o titular do direito possa dele dispor pelas mais variadas formas de *negócio jurídico*⁴⁷. Assim, estão excluídos da arbitragem os direitos sobre os quais não se possa transacionar⁴⁸. A *contrario sensu*, sobre os quais seja possível transacionar, a arbitragem pode recair.

Cabe, então, perquirir a noção de indisponibilidade especificamente em relação aos direitos trabalhistas para se extrair a exata compreensão, com todos os permissivos e limitações, sobre a arbitralidade objetiva dos conflitos individuais de trabalho.

3 ENTRE INDISPONIBILIDADES E ARBITRALIDADES: O PROBLEMA DA ARBITRAGEM TRABALHISTAS NOS LITÍGIOS INDIVIDUAIS

multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, *passim*.

⁴⁴ V. art. 2113. (Rinunzie e transazioni) do Codice Civile.

⁴⁵ VENTURI, E. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016. p. 296.

⁴⁶ Alguns autores vão além e diferenciam, ainda, entre "direitos disponíveis, direitos indisponíveis e direitos indisponíveis transacionáveis". É o caso de Venturi, para o qual é equivocado fazer uma correlação automática entre indisponibilidade e inegociabilidade, posto que a transação pode se mostrar o meio mais adequado para a proteção e a concretização de direitos indisponíveis. Cf. VENTURI, op. cit., p. 296-297.

⁴⁷ CAHALI, F. J. **Curso de arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 145.

⁴⁸ Ibidem, loc. cit.

A arbitragem é instituto polêmico desde a sua origem nos mais diversos ramos. No Direito do Trabalho, entretanto, a polêmica se intensifica⁴⁹. Não há espaço para se pensar a arbitragem, neste ramo, sem que se debruce sobre o caro tema da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

O tema suscita uma série de dúvidas e controvérsias. Na literatura jurídica é possível encontrar os mais diversos argumentos, nos mais variados sentidos. Mas, em verdade, dois são os pontos mais sensíveis no tocante à solução de conflitos individuais trabalhistas: i) o vício de consentimento decorrente, sobretudo, do temor do rompimento do contrato de trabalho por parte do empregado; ii) a indisponibilidade de direitos trabalhistas.

Sem desprezar a importância do primeiro ponto — embora, de alguma maneira, ambos sejam imbricados —, o escopo aqui proposto reside em explorar o tema da indisponibilidade em âmbito trabalhista.

3.1 INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS TRABALHISTAS

Um dos principais traços responsáveis pela especialização do ramo trabalhista diz respeito à irrenunciabilidade (para alguns) e à indisponibilidade (para outros) dos direitos trabalhistas. É no Direito do Trabalho onde, por excelência, é possível encontrar situações jurídicas de indisponibilidade de direitos⁵⁰, afinal, "(...)

⁴⁹ Muitos autores que se opõem à arbitragem trabalhista costumam afirmar que se trata de meio de solução de conflitos mais benéfico ao empregador. No entanto, mesmo dentre os autores "mais protecionistas", é possível encontrar divergência. Curiosamente, logo após a promulgação da Lei 9.307/1996, houve receio por parte da doutrina de que o patronato não aceitasse utilizar a arbitragem para litígios individuais de trabalho, uma vez que esta via se apresenta para a classe trabalhadora como alternativa "bastante sedutora", "dada a demora na prestação jurisdicional e na efetivação das decisões proferidas [pelos magistrados]". Nesse sentido, cf. RAMOS FILHO, W. **Heterocomposição dos Conflitos Coletivos de Trabalho**: a arbitragem como alternativa à jurisdição. 1998. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 250-251, 1998. Para exemplificar, conferir, também, na mesma página, a nota de rodapé nº 8, na qual Wilson Ramos Filho afirma: "em palestra proferida no I Congresso Internacional sobre Arbitragem, promovido pelo Conselho Arbitral da Bahia, em 05.11.97, pode-se observar que, diante das características do judiciário trabalhista brasileiro, apenas os empresários 'insanos' ou os de extrema boa-fé concordariam com a utilização da arbitragem para solucionar conflitos individuais de trabalho, eis que a Jurisdição Estatal tem se mostrado bastante funcional para os interesses das classes dominantes no Brasil". O autor explica este fenômeno com base no fato de que, nas controvérsias individuais entre trabalhadores e empresas, o credor é quase sempre o trabalhador.

⁵⁰ KROTOSCHIN, E. **Manual de Derecho del Trabajo**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 12. *apud*. COUTINHO, A. R. A Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 33, jan. 2000. p. 9.

se todo um sistema protetor foi instalado em favor de quem não se pode proteger autonomamente, parece óbvio que o destinatário dessa proteção não possa a ele renunciar"⁵¹. Trata-se de decorrência do princípio especial da irrenunciabilidade/indisponibilidade.

Como se sabe, os princípios especiais cumprem papel decisivo na afirmação autônoma⁵² de um ramo. Sem sua presença e concretude não se pode falar, consistentemente, em Direito do Trabalho⁵³. Este princípio concretiza e serve de amparo ao princípio da imperatividade das normas trabalhistas⁵⁴, posto que "establece la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio próprio"⁵⁵.

Trata-se, portanto, do "principal veículo utilizado pelo direito do trabalho para tentar igualar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego"⁵⁶.

Curiosamente, em que pese a indisponibilidade seja marca do Direito do Trabalho, ao contrário do que vem ocorrendo na "Justiça comum"⁵⁷, o Judiciário Trabalhista tem sido condescendente com acordos judiciais sobre direitos indisponíveis, mesmo depois do trânsito em julgado de sentença reconhecendo a sua existência.

Em todo caso, o desenvolvimento teórico do tema é bastante extenso e

⁵¹ BERNARDES, H. G. **Direito do Trabalho**, 1. vol. São Paulo: LTr, 1989. p. 101. *Apud* COUTINHO, A. R. A Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 33, jan. 2000. p. 14.

⁵² Na linha do que ensinam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, sob influência do pensamento de Pergolesi e Rocco, a autonomia de uma disciplina jurídica não deve ser confundida com a sua independência, posto que não se pode desprezar a ideia fundamental de unidade do Direito. A autonomia, aqui, é pensada no sentido de "coordenação sistemática de normas em relação a um instituto central ou chave, circunstância que implica amplas coordenações como outras disciplinas". Cf. GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 20.

⁵³ DELGADO, M. G. Princípios Especiais do Direito Individual do Trabalho: Núcleo Basilar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 925, nov. 2012. p. 323-328.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 332.

⁵⁵ RODRIGUEZ, A. P. **Curso de Derecho Laboral**. Introduccional Derecho del Trabajo. 2. ed. Montevideo: Ediciones Idea, 1990. p. 48.

⁵⁶ DELGADO, op. cit., p. 332.

⁵⁷ VENTURI, E. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016. p. 293. "De fato, para além da histórica aversão do sistema de Justiça brasileiro à utilização de mecanismos extrajudiciais para a resolução consensual de conflitos envolvendo direitos considerados indisponíveis, sequer se tem admitido acordos judiciais que tenham como objeto conflitos relacionados a tais interesses ou direitos, considerados tão especiais que sequer a própria vontade dos seus titulares (indivíduos, grupos sociais ou toda a sociedade) seria suficiente ou mesmo relevante para substituir ou influir na vontade do Estado (representado pelo magistrado), considerado o único e melhor garantidor dos mesmos".

complexo. Na literatura juslaboral é possível encontrar autores (i) que tratam dos direitos trabalhistas como se todos fossem indisponíveis⁵⁸; (ii) que negam a indisponibilidade⁵⁹; (iii) que reconhecem que alguns direitos trabalhistas são disponíveis sem, contudo, especificar quais são⁶⁰; (iv) que entendem que, cessado o vínculo de emprego, todos os direitos seriam disponíveis⁶¹; (v) que tentam determinar quais seriam os direitos disponíveis/indisponíveis⁶²; (vi) que tratam a irrenunciabilidade como sinônimo de indisponibilidade para concluir pela inaplicabilidade da arbitragem⁶³; (vii) que se manifestam favoravelmente à arbitragem, mas não enfrentam o problema da arbitrabilidade/indisponibilidade⁶⁴.

Desde logo, rechaça-se as correntes que se encontram nos extremos (disponibilidade absoluta e indisponibilidade genérica de todos os direitos trabalhistas), tendo em vista que são fruto de forçada simplificação, ignorando, a primeira delas, a importância que tem a indisponibilidade de determinados direitos no curso da relação de emprego, e, a segunda, a dinâmica da relação contratual trabalhista.

⁵⁸ DELGADO, M.G.; DELGADO, G. N. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 381; ALLAN, N. A. A arbitragem e a figura do trabalhador hipossuficiente. **Revista Fórum justiça do trabalho**, Belo Horizonte, v. 35, n. 409. p. 133-139, jan. 2018; CASSAR, V.B.; BORGES, L.D. **Comentários à Reforma Trabalhista**: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. 3. ed. São Paulo: Método, 2017, p.63.

⁵⁹ TUPINAMBÁ, C. Ao Seu Dispor! A lenda da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores. In: TUPINAMBÁ, C. **Soluções de Conflitos Trabalhistas**: Novos Caminhos. São Paulo: LTr, 2018. p. 46-67.

⁶⁰ SOUZA JÚNIOR, A.U. de et al. **Reforma Trabalhista**: Análise Comparativa e Crítica da Lei 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017. p. 236; SILVA, H. B. M. da. **Comentários à Reforma Trabalhista**: Análise da Lei 13.467/2017 - Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 98; MURADAS, D. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral. In: MAIOR, J.L.S.; SEVERO, V.S. **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 171-179; SILVA, B.F. e. A arbitragem como meio de solução de conflitos trabalhistas. In: TUPINAMBÁ, C. **Soluções de Conflitos Trabalhistas**: Novos Caminhos. São Paulo: LTr, 2018. p. 345-350.

⁶¹ MATTOS, F. M. Formas Alternativas de Solução de Conflitos Trabalhistas: Arbitragem e Acordo Extrajudicial. In: MANNRICH, N. **Reforma Trabalhista**: Reflexões e Críticas. São Paulo: LTr, 2018. p. 13-21; CAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais**: Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014. p. 445.

⁶² GEMIGNANI,D.; ASTA GEMIGNANI, T. A. A arbitragem no direito trabalhista: um desafio a ser enfrentado. In: TUPINAMBÁ, C. **Soluções de Conflitos Trabalhistas**: Novos Caminhos. São Paulo: LTr, 2018. p. 351-363.

⁶³ MILANI, F.R. A inaplicabilidade da cláusula compromissória aos contratos individuais de trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, J.A; KAJOTA, E. **Reforma Trabalhista Ponto a Ponto**. São Paulo: LTr, 2017. p. 186-194.

⁶⁴ MARTINS, D.R.M.; GALLO, R. G. Mediação e Arbitragem Trabalhistas: Acesso aos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos. In: BOUCINHAS FILHO, J.C.; MARTINS, R.L.; MIZIARA, R. **Reforma Trabalhista na Visão da Advocacia**: Aspectos Práticos e Estratégias para o Cotidiano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Cap. 27. p. 406-414.

Considerando que a Lei 9.307/1996, referenciada pelo art. 507-A da CLT, estabelece o critério da arbitrabilidade objetiva, conforme densamente explorado anteriormente, a tentativa de criteriosa delimitação das matérias arbitráveis é um imperativo.

É possível analisar a indisponibilidade por dois critérios: primeiramente, (i) sob o aspecto subjetivo e objetivo; e, posteriormente, (ii) através da dicotomia indisponibilidade absoluta x indisponibilidade relativa.

A indisponibilidade sob o aspecto subjetivo identifica a indisponibilidade a partir de características do sujeito. Neste viés, a indisponibilidade, "diante da inidoneidade para a eficácia de atos de renúncia, negócios de alienação ou de constituição de direitos reais", decorreria da posição do titular do direito, em geral para servir de garantia a credores⁶⁵. Este critério restou infrutífero, uma vez que visa à garantia de terceiros, e não à proteção do próprio trabalhador⁶⁶.

A indisponibilidade, pelo aspecto objetivo, parte de outro pressuposto. Considerando que há desigualdade no plano real, não haveria outro modo de se garantir o cumprimento e a eficácia das regras jurídicas senão por meio da indisponibilidade destes direitos⁶⁷. Sob este viés, portanto, a indisponibilidade não decorreria da posição do sujeito, mas do próprio direito, cuja relevância transcenderia os interesses estritamente individuais⁶⁸. No plano jurídico, a distinção é relevante. Enquanto o descumprimento da indisponibilidade subjetiva enseja a ineficácia do ato de disposição, sob o aspecto objetivo a consequência para o descumprimento é a invalidade⁶⁹.

Diante disso, com o fito de amenizar o rigor da teoria objetiva, desenvolveu-se as noções de "direitos relativamente indisponíveis" e "direitos absolutamente indisponíveis".

A indisponibilidade absoluta, no Direito Individual do Trabalho, estará presente quando o direito merecer tutela de nível de interesse público, "por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado

⁶⁵ COUTINHO, A. R. A Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 33, jan. 2000. p. 10.

⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

⁶⁷ Ibidem, loc. cit.

⁶⁸ SALOMÃO, K. N. Renúncia e Transação no Direito Italiano. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 131, jul. 2008. p. 314-315.

⁶⁹ COUTINHO, op. cit., p. 10.

momento histórico"⁷⁰. Decorre, portanto, da tutela do trabalho, ou seja, direciona-se "ao indivíduo enquanto integrante de uma classe social ou de uma categoria profissional"⁷¹. Nesta medida, os atos que violarem esta garantia serão nulos de pleno direito.

A indisponibilidade relativa, a seu turno, está ligada ao interesse individual, e, portanto, a impugnação à validade do ato deve se dar por iniciativa do empregado⁷². A indisponibilidade relativa, no Direito Individual do Trabalho, estará presente quando a vantagem jurídica consubstanciar interesse individual ou bilateral simples⁷³.

Esta diferenciação é suficiente para demonstrar que há direitos que podem ser objetos de atos de disposição, quais sejam, os direitos relativamente indisponíveis — ou, caso queira, relativamente disponíveis. Sendo disponíveis, ainda que haja limitações — pois o fato de o direito ter limitações não é suficiente para lhe retirar, necessariamente, a qualidade de autêntico direito disponível⁷⁴ —, sob o crivo da arbitrabilidade objetiva, podem ser objeto de conflitos arbitráveis. Havendo direitos que admitam ao menos alguma margem de disponibilidade, é necessário estabelecer critérios para a sua determinação.

3.2 CONTROVÉRSIAS TRABALHISTAS ARBITRÁVEIS: POSSIBILIDADES, LIMITES E CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO.

A partir da análise das mais variadas vertentes acerca da disponibilidade de direitos no âmbito da arbitragem em geral, bem como no bojo do Direito do Trabalho, com vistas a compatibilizar e adaptar a arbitragem a um ramo tão especializado, pretende-se, a seguir, sugerir critérios de aferição da arbitrabilidade objetiva de conflitos individuais trabalhistas.

O primeiro critério diz respeito à natureza do ato do qual decorre o direito sob análise. Como visto, Cahali afirma que a disponibilidade de um direito está relacionada à possibilidade de que o titular do direito possa dele dispor pelas mais

⁷⁰ DELGADO, M. G. Princípios Especiais do Direito Individual do Trabalho: Núcleo Basilar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 925, nov. 2012. p. 334.

⁷¹ COUTINHO, op. cit., p. 11.

⁷² Ibidem, loc. cit.

⁷³ DELGADO, op. cit., p. 334.

⁷⁴ MATTOS NETO, A. J. de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p.151-166, abr. 2005. p.155.

variadas formas de *negócio jurídico*⁷⁵. Nem poderia ser diferente, pois é necessário que às partes seja reservada a possibilidade de se definir as categorias eficaciais do ato jurídico (*lato sensu*). Por exemplo, o art. 484-A da CLT, também inserido pela Lei 13.467/2017, passou a prever a possibilidade de que as partes firmem o que tem sido chamado de "distrato". Entretanto, trata-se de ato jurídico em sentido estrito⁷⁶, uma vez que, não obstante as partes devam manifestar a vontade de romper com o contrato de trabalho, os efeitos jurídicos decorrentes estão preestabelecidos pelo legislador⁷⁷. Portanto, não sendo permitido às partes a definição das categorias eficaciais, tem-se por indisponíveis estes direitos e, portanto, a princípio, inarbitráveis os conflitos que deles decorram.

O segundo critério proposto é a diferenciação e o enquadramento do direito nas categorias da renunciabilidade e da disponibilidade/transigibilidade. Conforme destacado no início do trabalho, para a esmerada análise da arbitralidade em matéria trabalhista, é necessário que se diferencie as figuras da disponibilidade, da renúncia e da transação. É bastante corriqueiro na doutrina trabalhista o uso indiscriminado, como sinônimo, das expressões "irrenunciabilidade" e "indisponibilidade", tal como ocorre na literatura arbitral. O tratamento impreciso dos conceitos⁷⁸ acaba por conduzir a conclusões equivocadas sobre a arbitralidade.

A importância da diferenciação, sobretudo no Direito do Trabalho, fica ainda mais evidente nas palavras de Aldacy Rachid Coutinho, na linha do que ensina Gueiros Bernardes: "no direito do trabalho a regra é a irrenunciabilidade de direitos e não a indisponibilidade; o empregado poderia 'negociar' os seus direitos, desde que

⁷⁵ Cf. nota de rodapé 46.

⁷⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 227. "No ato jurídico *stricto sensu*, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas inalteráveis pela vontade, e invariáveis".

⁷⁷ Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I - por metade: a) o aviso prévio, se indenizado; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. § 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

⁷⁸ MATTOS NETO, A. J. de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p.151-166, abr. 2005. p.156. Apenas para exemplificar, destaca-se um flagrante equívoco. Mattos Neto afirma que "é certo que os direitos trabalhistas são indisponíveis, a medida em que o empregado não pode renunciá-los". Portanto, verifica-se que, partindo da premissa equivocada de que irrenunciabilidade e indisponibilidade são sinônimos, o autor afirma que os direitos trabalhistas são indisponíveis em âmbito individual, concluindo pela inarbitralidade deste controvérsias relativas a estes direitos.

não prejudicial à pactuação, mas não poderia 'abrir mão' destes"⁷⁹.

No mesmo sentido, Américo Plá Rodriguez entende necessário admitir a transação e repudiar a renúncia, principalmente por duas razões: (i) a transação permite trocar um direito duvidoso ou litigioso por um direito concreto e certo, enquanto a renúncia é a pura e simples privação de um direito certo; (ii) a transação é bilateral e sempre implica alguma vantagem, pois não se sacrifica gratuitamente direito algum⁸⁰.

Portanto, verifica-se que, no Direito do Trabalho, há vedação geral de renúncia de direitos por parte do empregado⁸¹ — e, com isso, fica evidenciada, mais uma vez, a importância da diferenciação entre as noções de renunciabilidade e disponibilidade no tópico da arbitrabilidade, considerando que, enquanto uma é vedada, a outra é permitida e, em juízo, até mesmo estimulada.

E, aqui, encontra-se uma curiosa particularidade da arbitrabilidade objetiva trabalhista. Na arbitragem civil, não há maiores problemas — embora, ainda assim, possa haver alguma imprecisão — em se reconhecer que a "disponibilidade" seria gênero que englobaria as espécies "renunciabilidade" e "transigibilidade", conforme aponta parcela da doutrina referenciada anteriormente. Isto porque, no direito material não especializado, ambas as figuras são admitidas. No contexto trabalhista, todavia, isto não ocorre⁸². Vigora inequivocamente, no Direito do Trabalho, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Isto significa que, se em outros ramos a disponibilidade alberga tanto a renunciabilidade como a transigibilidade, no Direito do Trabalho abrange apenas a transigibilidade, pois os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Por isso não é equivocado utilizar a expressão "disponibilidade" como sinônimo de "transigibilidade" na arbitragem trabalhista.

Ademais, sendo admitida pelo legislador a possibilidade de utilização do

⁷⁹ COUTINHO, A. R. A Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 33, jan. 2000. p. 13.

⁸⁰ RODRIGUEZ, A. P. **Curso de Derecho Laboral**. Introduccion al Derecho del Trabajo. 2. ed. Montevideo: Ediciones Idea, 1990. p. 52.

⁸¹ DELGADO, M. G. Princípios Especiais do Direito Individual do Trabalho: Núcleo Basilar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 925, nov. 2012. p. 335.

⁸² Se o fato de as partes poderem transigir na Justiça do Trabalho não permitia concluir que os direitos trabalhistas eram renunciáveis em juízo - uma vez que, para renunciar, é necessário haver certeza de direito, enquanto que, para transigir, pressupõe-se a dúvida -, a permissão de "acordo" após o trânsito em julgado na Justiça do Trabalho - cuja possibilidade era, inclusive, reconhecida na OJ EX SE 24 do TRT-9 - nada mais é do que o reconhecimento da renunciabilidade de direitos trabalhistas em juízo. Cumpre ressaltar, no entanto, que não se está querendo, com isso, dizer que este seja o entendimento mais adequado; pretende-se apenas demonstrar a forma com a qual a jurisprudência tem lidado com a matéria.

instituto da arbitragem, isto significa que necessariamente está se pressupondo a existência de direitos disponíveis. Assim, a interpretação de direitos disponíveis como sinônimo de direito renunciáveis seria contraditória e "autonegatória", de modo que não merece respaldo.

Se, como afirma Süsskind, a renúncia pressupõe a certeza do direito, enquanto a transação pressupõe a dúvida⁸³, concretamente falando, não faria sentido⁸⁴ o legislador exigir que as partes tivessem certeza do direito para escolher um árbitro para decidir quem, na verdade, tem o direito e nele se viu violado. Essa dúvida, ademais, muitas vezes é a própria razão de ser da escolha das partes em submeter o litígio à arbitragem. Este é, portanto, mais um dos motivos pelo qual não parece adequado interpretar "disponibilidade" como "renunciabilidade". Tanto é assim que se empregado e empregador levarem para a arbitragem um caso sobre verbas rescisórias incontroversas, não poderá o árbitro homologar acordo reduzindo este valor, pois seria flagrante violação ao art. 9º da CLT⁸⁵; neste caso, a arbitragem estaria servindo apenas como instrumento de renúncia parcial daquilo que é devido e reconhecido e, portanto, para desvirtuar a aplicação das normas contidas na CLT.

A concepção de *disponibilidade* como *transigibilidade*⁸⁶ encontra-se em perfeita consonância com as considerações traçadas no capítulo anterior. Isto porque, como destacado, a distinção fundamental entre a indisponibilidade absoluta e a indisponibilidade relativa é a possibilidade de transação.

Assim, é preciso pontuar a possibilidade de que haja certa margem de indisponibilidade de determinados direitos que reflete o patamar mínimo estabelecido pelo ordenamento. Isto significa, por outro lado, que a parcela do direito que se encontra acima do mínimo é, portanto, disponível. Apenas para exemplificar,

⁸³ SÜSSEKIND, A. *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 206.

⁸⁴ Aliás, na esteira do que pontua Caramelo, a própria exigência da disponibilidade de direitos é, provavelmente, fruto de uma equivocada assimilação da convenção de arbitragem com negócios autocompositivos, como se a arbitragem implicasse, ela mesma, a renúncia, a desistência, a transação e a confissão. CAMELO, A. S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2. p. 433-464, set. 2014. p. 439.

⁸⁵ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

⁸⁶ Verifica-se, na doutrina processual trabalhista, a mesma concepção. Nas palavras de Manoel Antonio Teixeira Filho, "a arbitragem se destina a solucionar conflitos de interesses que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). Como tais, devem ser entendidos aqueles, de caráter particular, que podem ser objeto de transação (CC, art. 840), a que a CLT denomina, indistintamente, de conciliação (arts. 764, 831, 846, 850 e 852-E) ou de acordo (arts. 835 e 847)". TEIXEIRA FILHO, M. A. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 67.

não se nega que a proteção ao salário mínimo inevitavelmente conduza à conclusão de que se trata de direito absolutamente indisponível. Entretanto, isso não permite concluir que todo e qualquer direito relativo à remuneração, em qualquer medida, seja absolutamente indisponível. Desta forma, controvérsias sobre o direito ao salário mínimo são inarbitráveis, uma vez que a discussão não se encontra dentro da margem de disponibilidade do direito. Contudo, eventual disputa envolvendo o cálculo de determinado bônus de produtividade de um alto executivo se afigura plenamente arbitrável, tendo em vista que está dentro da margem de disponibilidade do direito.

Portanto, em síntese, tendo sido enquadrado o direito dentre os indisponíveis — e não dentre os irrenunciáveis —, é necessário verificar se a discussão encontra-se dentro da margem de disponibilidade do direito, ou seja, acima do mínimo (exemplo do salário mínimo) ou abaixo do máximo (jornada máxima, por exemplo) fixado pelo legislador.

A exigência de um critério mais apurado e rigoroso no Direito do Trabalho não deve espantar, afinal, é natural que, numa relação não paritária e delicada como a de emprego, a análise da arbitrabilidade deva ser muito mais atenta e cuidadosa do que em outros ramos.

O terceiro critério diz respeito ao momento genético da disponibilidade⁸⁷. Isto é, em qual momento o direito se torna disponível? Para tanto, a doutrina italiana tem distinguido entre direitos primários (absolutos e indisponíveis) e direitos secundários (derivados da violação dos primários)⁸⁸, ou, na terminologia empregada por Guilherme Guimarães Feliciano no Brasil, *direitos em estado puro* e *desdobramentos patrimoniais de aquisição privada*⁸⁹. Trata-se de critério que diz respeito ao momento em que é possível haver transação. Neste ponto, dada a clareza da explicação do autor, cabe fazer a transcrição literal do excerto:

O empregado não pode, e. g., transigir concretamente quanto ao fornecimento de determinado equipamento de proteção individual cuja concessão seja obrigatória *ex vi legis*, em razão dos riscos inerentes à atividade econômica na qual se insere; nem pode simplesmente abrir mão, quaisquer que sejam as circunstâncias, de todas as suas pausas e

⁸⁷ SALOMÃO, K. N. Renúncia e Transação no Direito Italiano. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 131, jul. 2008. p. 316.

⁸⁸ Ibidem, loc. cit.

⁸⁹ FELICIANO, G. G. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 259.

descansos. Mas, uma vez enfermo pela exposição a agente físico, químico ou biológico sem proteção adequada, ou uma vez ativado semanas a fio sem pausas ou descansos, poderá transigir quanto aos direitos *decorrentes* da violação original (respectivamente, o direito a tratamento médico, às expensas do empregador, e o direito às horas extras trabalhadas⁹⁰), optando por um pagamento mais célere, porém com deságio? A sua necessidade econômica imediata poderá ser levada em conta?⁹¹

Isto significa que existem direitos que, em estado puro, não admitem transação, como o direito aos equipamentos de proteção individual. Contudo, eventuais efeitos patrimoniais decorrentes da sua violação são autênticos direitos disponíveis⁹², sujeitando-se à transação e, portanto, à arbitragem.

O quarto critério tem relação com a forma de análise da arbitrabilidade. A análise da arbitrabilidade é uma análise abstrata. Ou seja, no momento da apreciação da arbitrabilidade não se deve avaliar se, naquela situação concreta, seria possível negociar ou não (até mesmo porque pode nem ter havido a negociação e, caso tivesse havido, isso implicaria a análise de vícios de consentimento, o que não interessa à definição da arbitrabilidade objetiva), mas se o direito é, em si, disponível. É uma análise sobre a natureza do direito, portanto. Para verificar a disponibilidade, deve-se avaliar se o direito sob análise poderia ser abstratamente substituído por outro sem que houvesse prejuízo ao empregado⁹³. Caso a resposta seja afirmativa, trata-se de direito cuja natureza é disponível. Numa dada situação concreta, pode ser que tenha havido a supressão de um bônus, por exemplo, mas, em contrapartida, também tenha havido a criação de uma nova vantagem para compensar. Neste caso, sendo possível substituir o direito, é evidente que se trata de um direito disponível. A análise sobre eventual prejuízo decorrente da insuficiência desta nova vantagem será analisada concretamente no mérito da arbitragem, e não abstratamente na análise da arbitrabilidade, que é mero juízo sobre a possibilidade de submeter o litígio ao árbitro.

⁹⁰ Neste ponto em específico, entende-se haver uma imprecisão. Ao afirmar que seria possível o empregado aceitar receber valor menor do que o devido para antecipar o pagamento, o que se opera não é a transação, mas a renúncia, uma vez que o empregado, embora já haja certeza de direito, renuncia a parcela do crédito.

⁹¹ FELICIANO, G. G. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 256.

⁹² Ibidem, p. 259.

⁹³ O critério se justifica em razão do art. 468 da CLT, em sentido unidirecional, torna indisponíveis os direitos adquiridos ao longo da contratualidade pelo empregado, salvo se a alteração contratual não resultar prejuízo. Eis a redação do artigo: Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

O quinto critério consiste na verificação da existência de proibição/permissão expressa de arbitragem para solucionar o litígio. Isto porque há critérios de arbitralidade outros, no Direito do Trabalho, que não aquele consubstanciado no artigo 1º da Lei 9.307/1996. Um exemplo é o direito de greve. Não obstante se tratar de direito indisponível e extrapatrimonial, os conflitos que envolvem este direito podem ser dirimidos pela via arbitral em âmbito coletivo. Isto porque a Lei 7.783/1989 estabelece expressa permissão legal.

Seguindo esta linha de raciocínio, é possível afirmar, exemplificativamente, que as controvérsias que decorram dos seguintes direitos são inarbitráveis, ou porque são absolutamente indisponíveis, ou porque não são patrimoniais: apuração de falta grave de dirigente sindical ou portador de estabilidade; salário mínimo; anotação de CTPS; registro de empregado; filiação do trabalhador à previdência social; adicionais legais mínimos; questões relativas à saúde e segurança do trabalho protegidas por normas imperativas; limites máximos de jornada; direito ao livre pensamento; direitos políticos e religiosos; direito ao reconhecimento do vínculo de emprego; direitos potestativos do empregador (ex.: poder diretivo); direito à greve em âmbito individual⁹⁴ dentre inúmeros outros.

Por fim, com relação às hipóteses acima, cabe lembrar que, quando a negociação entre as partes for mais favorável do que o tratamento legal, a parcela que estiver acima deste nível, caso seja patrimonial, será disponível, conforme explorado acima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é possível afirmar, sob o manto da “indisponibilidade dos direitos trabalhistas”, que o instituto da arbitragem é incompatível com o Direito Individual do Trabalho.

Há muito tempo a doutrina trabalhista se dedicou a desenvolver as noções de “irrenunciabilidade” e “indisponibilidade”, bem como separar as “indisponibilidades” em absoluta e relativa. A partir disso, é possível identificar, ainda, direitos que, embora sejam irrenunciáveis e tenham alguma parcela não

⁹⁴ Deve-se esclarecer que, em âmbito individual, a matéria não seria arbitrável, pois a Lei 7.783/1989 utiliza critério de arbitralidade objetiva diferente da Lei de Arbitragem apenas em relação à utilização do instituto para dirimir questões sobre direito de greve em âmbito coletivo.

passível de disposição, ostentam certa margem de disponibilidade, especialmente quando decorram de normas mais favoráveis do que a legislação.

Foi possível concluir, ademais, que o termo "disponibilidade" em outros ramos tem diversas acepções e pode albergar, concomitantemente, as noções de "renunciabilidade" e "transigibilidade". Na arbitragem trabalhista, entretanto, há a particularidade de que a ideia de "disponibilidade" assume significado próprio, posto que, no Direito do Trabalho, vigora o *princípio da irrenunciabilidade* (em maior intensidade do que o seu desdobramento: o *princípio da indisponibilidade*), de modo que o termo deve ser entendido apenas como "transigibilidade" para fins de definição da arbitrabilidade.

Assim, tendo o legislador utilizado o critério de arbitrabilidade objetiva prevista no art. 1º da Lei 3.907/1996, é equivocado afirmar que as controvérsias trabalhistas, genericamente, não podem se sujeitar à arbitragem.

Por outro lado, na medida em que se trata de relação assimétrica, geralmente com intensa desproporção de forças, além de outras preocupações que fogem ao escopo deste trabalho, é importante delimitar criteriosamente quais matérias podem ser objeto de arbitragem.

Com esta finalidade, a partir da análise e do confronto entre a literatura sobre arbitrabilidade objetiva em geral e a doutrina especializada trabalhista em matéria de indisponibilidade, propôs-se cinco critérios para se analisar a arbitrabilidade da controvérsia individual trabalhista.

Estes critérios podem ser resumidos da seguinte maneira: (i) identificação da natureza jurídica do ato do qual decorre o direito sob análise, tendo em vista que deve ser possível, no campo eficaz, a realização de negócio jurídico por meio do qual o direito poderá ser disposto; (ii) diferenciação e enquadramento do direito nas categorias da irrenunciabilidade e da indisponibilidade/intransigibilidade, uma vez que o fato de um direito ser irrenunciável não enseja, por si só, a indisponibilidade/intransigibilidade; (iii) identificação do momento genético da disponibilidade, sendo que, embora o direito em estado puro possa não ser disponível ou patrimonial, os efeitos patrimoniais, que dele decorrem, são; (iv) a análise da arbitrabilidade deve ser *in abstracto*; (v) verificação da existência de proibição/permissão expressa de arbitragem para solucionar o litígio.

É claro que a arbitragem trabalhista suscita diversos outros debates, igualmente instigantes e de maior relevância, que não compuseram o escopo deste

trabalho. Não se ignora a sua importância.

Entretanto, sendo a arbitralidade o filtro determinante para a submissão do litígio à apreciação do árbitro, buscou-se analisar específica e cientificamente a questão. Este é, em síntese, apenas um pontapé inicial para se começar a pensar, segura e objetivamente, uma forma de se determinar a arbitralidade objetiva trabalhista no Direito brasileiro. É apenas um convite para este instigante desafio que apenas se inicia.

REFERÊNCIAS

- ALLAN, N.A. A arbitragem e a figura do trabalhador hipossuficiente. **Revista Fórum justiça do trabalho**, Belo Horizonte, v. 35, n. 409, p. 133-139, jan. 2018.
- BITTAR, C. A. **Curso de direito civil**. 1. v. São Paulo: Forense Universitária, 1994.
- BRANCHER, P. M. R. Ilegalidade *prima facie* como limitador do princípio da competência-competência. Uma análise em relação a matérias de ordem pública. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 53, jun. 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996.
- _____. Decreto-Lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 1943.
- CAHALI, F.J. **Curso de arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- CARAMELO, A.S. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: WALD, A. (Org.) **Doutrinas Essenciais: Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 2, p.433-464, set. 2014.
- CARREIRA ALVIM, J., E. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CORRÊIA, S. **A Arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos**. Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes. Lisboa: Lex, 1995.
- CASSAR, V. B.; BORGES, L. D. **Comentários à Reforma Trabalhista: Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. 3. ed. São Paulo: Método, 2017, p.63.
- COSTA E SILVA, P. Anulação e recursos da decisão arbitral. **Revista da Ordem dos Advogados**, 1992. t. I. p. 922.
- COUTINHO, A.R. A Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 33, p.9-17, jan. 2000.
- DALLEGRAVE NETO, J. A.; KAJOTA, E. **Reforma Trabalhista Ponto a Ponto**. São Paulo: LTr, 2017. p. 186-194.
- DALLEGRAVE NETO, J.A; GARCIA, P.H. C. **Arbitragem em Dissídios Individuais de Trabalho**: ou como garantir aos altos executivos o acesso à justiça. Belo Horizonte: CONPEDI, 2018, p. 8. No prelo 2018.
- DISSENHA, L.A. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós

reforma. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 169-179, jul./ago. 2017.

FELICIANO, G.G. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANZONI, D.; DAVIDOFF, F. Interpretação do critério da indisponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o poder público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 41, jun. 2014.

GARCIA, G.F.B. **Reforma Trabalhista**: Análise Crítica da Lei 13.467/2017. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GARCIA, P.H. C.; HAJAR, Y.N. A estipulação de cláusula arbitral no curso da relação de emprego e alteração contratual lesiva no Direito do Trabalho. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO EMPRESARIAL, 5., 2018, São Paulo. **Anais do Congresso**. No prelo 2018.

GEMIGNANI, D.; ASTA GEMIGNANI, T.A. A arbitragem no direito trabalhista: um desafio a ser enfrentado. In: TUPINAMBÁ, Carolina. **Soluções de Conflitos Trabalhistas**: Novos Caminhos. São Paulo: LTr, 2018. p. 351-363.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HERKENHOFF FILHO, H.E. **A reforma trabalhista e as inovações no processo do trabalho**. Curitiba: CRV, 2018.

ITALIA. Regio Decreto del 16 marzo 1942. **Codice Civile**. Gazzetta Ufficiale, n. 79, 4 abr. 1942.

LEE, J.B. O Conceito de Arbitrabilidade nos Países do Mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 8, p.346-358, jun. 2000.

LEVEL, P. L'arbitrabilité. **Revue de l'arbitrage**, Paris, 1992. p. 213.

MALLET, E. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 84, n. 2, p. 43-80, abr./jun. 2018.

MARTINS, D.R.M.; GALLO, R.G. Mediação e Arbitragem Trabalhistas: Acesso aos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos. In: BOUCINHAS FILHO, J.C.; MARTINS, R.L.; MIZIARA, R. **Reforma Trabalhista na Visão da Advocacia**: Aspectos Práticos e Estratégias para o Cotidiano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.p. 406-414.

MARTINS, S.P. **Reforma Trabalhista**: Comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, P. A. B. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro:

Forense, 2008.

MATTOS, F.M. Formas Alternativas de Solução de Conflitos Trabalhistas: Arbitragem e Acordo Extrajudicial. In: MANNRICH, N. **Reforma Trabalhista: Reflexões e Críticas**. São Paulo: LTr, 2018. p. 13-21.

MATTOS NETO, A.J.de. Direitos Patrimoniais Disponíveis e Indisponíveis à Luz da Lei da Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p.151-166, abr. 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 359 p.

MOREIRA, A.J. A mediação e a arbitragem como meios extrajudiciais de resolução de conflitos trabalhistas na vigência da Lei n. 13.467/2017: reforma trabalhista. **Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário**, São Paulo, n. 2, p. 84-80, jan. 2018.

MUNIZ, J.de P. Arbitragem no direito do trabalho. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 179-187, jan./mar. 2018.

MURADAS, D. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral. In: MAIOR, J.L.S.; SEVERO, V.S. **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 171-179

PEREIRA JÚNIOR, A.J.; SERRA, M.A. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 127-145, dez. 2017.

RAMOS FILHO, W. **Heterocomposição dos Conflitos Coletivos de Trabalho: a arbitragem como alternativa à jurisdição**. 308 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

RODRIGUEZ, A.P. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ROQUE, A.V. A Evolução da Arbitrabilidade Objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, v. 33, p.301-337, jun. 2012.

SALOMÃO, K.N. Renúncia e Transação no Direito Italiano. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 131, p. 314-317, jul. 2008.

SCHIAVI, M. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, A.A. da; SILVA, G.A.M. e. Arbitragem nos dissídios individuais de trabalho dos altos empregados. **Revista LTr: legislação do trabalho**, v. 81, n. 7, p. 775-779, jul. 2017.

SILVA, B.F. e. A arbitragem como meio de solução de conflitos trabalhistas. In:

TUPINAMBÁ, Carolina. **Soluções de Conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos**. São Paulo: LTr, 2018. p. 345-350.

SILVA, H.B.M.da. **Comentários à Reforma Trabalhista: Análise da Lei 13.467/2017** - Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA JÚNIOR, A. U. de et al. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

SOUZA, R.T. de. Artigos 442 a 456. In: SOUZA, R.T. de. **CLT comentada pelos juízes do trabalho da 4ª região**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 264-304.

SÜSSEKIND, A. et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TALAMINI, E. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, E; JUSTEN, M. S. (coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, A.T. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei 13.467 de 2017. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, v. 44, n. 187, p. 51-89, mar. 2018.

TEIXEIRA FILHO, M.A. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

TUPINAMBÁ, C. Ao Seu Dispor! A lenda da indisponibilidade dos direitos do trabalhadores. In: TUPINAMBÁ, C. **Soluções de Conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos**. São Paulo: LTr, 2018. p. 46-67.

VENTURA, R. Convenção de Arbitragem. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 46, 1986. t. II. p. 321

VENTURI, E. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, n. 1, p.291-426, jan. 2016.